

L'AFRIQUE, SES CONSTITUTIONS ET LE DROIT COMPARÉ*

*Salvatore Mancuso***

L'Afrique et le droit comparé

Historiquement le droit africain n'a pas eu beaucoup de place dans le cadre des études de droit comparé. En utilisant beaucoup de simplification (ou superficialité ?), spécialistes de droit comparé ont liquidés les systèmes juridiques africains en les classant par simple référence au système hérité à l'époque coloniale. De temps en temps, il est à noter qu'il y a eu une référence à la tradition juridique musulmane en ce qui concerne les pays où l'islam prédomine.

Ayant examiné la portée et la définition de la recherche juridique comparée, les chercheurs en droit comparé ont choisi les ordres normatifs à comparer en fonction de leur similitude. L'étude du droit africain avec ses particularités est certainement plus difficile, car il nécessite un changement

* La préparation du présent chapitre a été possible grâce aussi à la concession d'une bourse de recherche Van Calster à l'Institut Suisse de Droit Comparé à Lausanne (Suisse) pour la période mai-juin 2017.

** *Chair*, Centre de Droit Comparé en Afrique, Université du Cap; Professeur Honoraire de droit africain, Centre for African Laws and Society, Xiangtan University.

radical de la pensée : il n'est pas possible de la traiter en utilisant les méthodes traditionnelles de recherche juridique¹.

Le droit africain est presque absente ou reléguée à un rôle marginal dans la littérature de droit comparé classique fondée sur une approche axée sur l'Occident. En 1928, dans son "*A panorama of the world's legal systems*" Wigmore présentait le droit africain comme dominée par le droit continental et les traditions juridiques de *common law* avec des insertions du droit islamique ou coutumier². Après la Seconde Guerre mondiale, la situation politique africaine a changé de façon spectaculaire aussi que la pensée du droit comparé, mais ces changements ne considéraient pas l'Afrique et son droit, qui restaient enfermés dans la bipartition classique entre le droit continental et la *common law*³. L'hypothèse était que les nouveaux développements du continent africain n'avaient pas comme conséquence de rejeter les modèles occidentaux, plutôt que leur expansion plus forte, car ils restaient l'épine dorsale des systèmes juridiques africains⁴. Par conséquent, la caractéristique la plus distinctive du droit africain a été reléguée dans une position marginale⁵, et le comparatiste a

¹ Thomas W. BENNETT, *African Customary Law*, in *The Oxford Handbook of Comparative Law*, (2006) Oxford, Oxford University Press.

² John H. WIGMORE, *A panorama of the world's legal systems*, (1928) St. Paul, West Publishing Company.

³ René DAVID, Camille JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, (2002) (11^{ème} ed.) Paris, Dalloz; Konrad ZWEIGERT, Hein KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, (1998) (3rd ed.) Oxford, Clarendon Press; Peter DE CRUZ, *Comparative Law in a Changing World*, (1999) (2nd ed.) Londres, Cavendish Publ. Avec une approche non-occidentale, mais sans mentionner les expériences africaines est H. Patrick GLENN, *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*, (2010) Oxford University Press (4th ed.).

⁴ René DAVID, Camille JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes* cit.

⁵ Luigi MOCCIA, *Lo studio dei diritti africani nella comparazione giuridica: brevi note*, in *Studi giuridici italo-ivoriani*, (1992) Milan, Giuffrè.

continué à considérer les systèmes juridiques africains comme des expressions de familles juridiques “vivantes” ailleurs⁶.

Ces classifications ont été créées dans une période historique où le droit comparé était (et dans une certaine mesure il est encore) dominé par une vision ethnocentrique. Seule une plus récente – même pluraliste – vision a commencé à reconnaître au droit africain la même dignité que les autres familles juridiques⁷. En plus, un regain d'intérêt de la Chine vers l'Afrique et son droit, accompagné de l'ouverture des études de droit africain en Chine, a certainement contribué à cette nouvelle vision sur l'Afrique et ses caractéristiques juridiques, même si la recherche juridique sur le droit africain en Chine est encore en devenir⁸.

Une clarification préliminaire sur le sujet duquel nous parlons est nécessaire pour structurer correctement le débat sur les questions du droit africain dans le contexte du droit comparé, et vice versa.

L'expression droit africain fait référence à une “famille juridique”⁹ qui ne couvre pas complètement le continent africain dans son ensemble. Le désert du Sahara a toujours été non seulement une barrière géographique, car l'Afrique du Nord a une histoire, une culture et un cadre juridique commun avec le Moyen-Orient et la région méditerranéenne plus qu'avec l'Afrique subsaharienne, et ceci malgré les contacts et les relations entre ces “deux

⁶ Marco GUADAGNI, *Il diritto dei Paesi africani nella letteratura contemporanea*, (1984) CLUET, Trieste.

⁷ Rodolfo SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, (2009) (3rd ed.) Turin, UTET; Dario MOURA VICENTE, *Direito comparado*, (2008) Almedina, Coimbra; Werner MENSKI, *Comparative Law in a Global Context*, (2006) (2nd ed.) Cambridge, Cambridge Univ. Press.

⁸ Sur les études de droit africain en Chine voir Salvatore MANCUSO *China in Africa and the Law*, 18 *Annual Survey of International and Comparative Law* (2012) p. 243-261.

⁹ La question du droit africain en tant que famille juridique sera analysée en suite.

Afriques” ne sont pas manqués ; donc l’Afrique du Nord peut être étudiée plus comme partie de la région du Moyen-Orient que dans le cadre du droit africain¹⁰. Par contre, l’Afrique du Sud partage définitivement la plupart des caractéristiques des systèmes juridiques africains (aussi en termes de développement), mais, en même temps, on ne peut négliger comme elle a subi un processus d’européanisation intense, ce qui rend son expérience un peu différente de celle des autres pays du continent (subsaharien), et dont il faut tenir compte lors de son étude avec les autres pays d’Afrique subsaharienne.

Par conséquent, la région ou l’espace en Afrique à étudier par le comparatiste est plus petit que la zone géographique réelle, communément appelée Afrique, et aussi identifiée par le géographe.

L’approche traditionnelle vers le droit africain a conduit aussi les comparatistes à adopter la méthodologie traditionnelle pour traiter les systèmes juridiques présents dans les pays africains, mais cette méthodologie a révélé son insuffisance pour souligner les particularités des droits africains et de leur diversité. Une approche différente, stratigraphique, a donc été développée pour essayer de comprendre mieux le droit en Afrique et sa dynamique¹¹.

¹⁰ Keba M’BAYE, *The African Conception of Law*, in 2 *International Encyclopædia of Comparative Law* (1974), 138-158. Un exemple pratique est le projet sur l’hybridité juridique méditerranéenne, lancé par le groupe *Juris Diversitas*, visant à étudier la diversité juridique et normative à travers la Méditerranée, y compris les pays africains face à la Méditerranée, sur lequel voir Seán P. DONLAN, *The Mediterranean Hybridity Project: Crossing the Boundaries of Law and Culture*, 4 *Journal of Civil Law Studies* (2011) 2, 355-396.’

¹¹ Pour la doctrine italienne voir Rodolfo SACCO, *Introduzione al diritto privato somalo*, (1973) Turin, Giappichelli; ID., *Le grandi linee del sistema giuridico somalo*, (1985) Milan, Giuffrè; ID., *Il diritto africano*, (1995) Turin, UTET; Marco GUADAGNI, *Il diritto in Mozambico*, (1989) Trieste, Trieste University Press; ID. *Il modello pluralista*, (1996) Turin, Giappichelli; ID., *Xeerka Beeraha. Diritto fondiario somalo*, (1981) Milan, Giuffrè; Salvatore MANCUSO, *La diversité des sources du droit aux Comores: entre droit occidental, droit islamique et droit coutumier*, RJOI, n° 15, 2012, p. 73-93. Entre les auteurs de langue anglaise cette approche est adoptée par Robert B. SEIDMAN, *Law and Stratification: The African Case*, in 3 *Crime, Law*

Cela nous amène à une première observation : la comparaison en Afrique est certainement différente de la comparaison dans autres endroits.

Comparer en Afrique

La comparaison juridique en Afrique n'est pas facile. Il y a des ordres normatifs différents qui coexistent dans le droit africain, caractérisés par des éléments contradictoires. Il pourrait être relativement plus facile de s'occuper des chaque composant du droit africain : la loi faisant autorité (soit coloniale ou depuis de l'indépendance) n'est pas très différente du droit européen. Les droits originellement africains sont présents principalement dans domaines comme le mariage, la famille, les régimes fonciers. Mais le droit écrit africain est pas tout le droit africain, et en plus les droits originellement africains ne sont pas l'ensemble du droit africain.

Nous devons donc reconstruire le sens du droit africain et le mettre dans un cadre général. En conséquence, l'activité de "comparer" en Afrique doit d'abord viser à reconstruire le sens et les caractéristiques de tous les éléments du droit africain et les positionner à leur place spécifique dans le cadre général. Par conséquent, il est possible de considérer le droit africain comme une superposition de strates, chaque partie d'une réalité complexe.

La strate la plus ancienne est celle des droits originellement africains. Comme a été déjà noté ailleurs, l'idée de "droit coutumier" se réfère souvent à

and Social Change (1979), at 17; Michael BOGDAN, *Legal Pluralism in the Comoros and Djibouti*, in 69 *Nordic Journal of International Law* (2000), 195-208. Entre les auteurs de langue française voir Charles NTAMPAKA, *Introduction aux systèmes juridiques africains*, (2005) Namur, Presses Universitaires de Namur; Jacques VANDERLINDEN, *Les systèmes juridiques africains*, (1983) Paris, PUF; Id., *Villes africaines et pluralisme juridique*, in 42 *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* (1998), at 250.

quelque chose de statique, mettant ainsi l'accent sur ses origines anciennes et ses caractéristiques permanentes, alors qu'en Afrique, une telle vision ne correspond pas à la réalité, étant les droits originellement africains un ensemble de règles élastiques qui sont le produit récent d'un processus juridique en cours qui ne s'arrête jamais¹².

La deuxième est la strate religieuse, qui fait principalement référence au droit islamique, introduite dans le Sahel à travers des invasions Hilaliennes (XII et XIII siècles après J.-C.) et en Afrique de l'Est par la colonisation par les Arabes de la zone côtière de cette partie du continent. Mais le droit religieux n'est pas seulement le droit islamique : de droits d'origine chrétienne, juive et hindoue ont été également introduits en Afrique à différents moments et établis avant la colonisation.

La state suivante est la coloniale, qui marque la période de la fin des années 80 du XIXème siècle jusqu'à la fin des années 60 du dernier siècle.

Ensuite, la strate du droit issu depuis les indépendances des pays africains a suivi, où nous pouvons noter l'apparition parfois de modèles juridiques inspirés de ceux des pays socialistes pendant la période de la guerre froide, en suite des alliances stipulées par chaque pays, et l'émergence d'une législation nationale des nouveaux états liée à celle de l'ancien pays colonisateur avec certains liens vers les spécificités locales¹³.

La longue période passée à partir de la réalisation des indépendances dans les pays africains doit nous emmener à mettre à jour cette classification.

¹² L'expression "*droits originellement africains*" a été créée par Jacques VANDERLINDEN, *Les systèmes juridiques africains*, (1983) Paris, PUF.

¹³ Rodolfo SACCO, *Il diritto africano* cit.; Marco GUADAGNI, *Il diritto* cit., at 8.

Par conséquent la strate susmentionnée est constituée par le droit suivi à l'indépendance qui a duré jusqu'à la fin des années '80 avec la fin de la guerre froide, ou l'instabilité politique et juridique qui a été présente (et a troublée) dans la plupart des pays avec les implications évidentes sur les respectifs systèmes juridiques a été la caractéristique principale. À cette strate a suivi celle du droit des années '90, où l'intervention des institutions financières internationales a conditionné les choix sur le développement juridique en Afrique. Depuis, à la fin du siècle dernier la strate du droit africain transnational a émergé : l'intégration juridique semble être un devoir aujourd'hui en Afrique.

Cette approche au droit africain nous offre l'occasion d'essayer de comprendre ses caractéristiques et particularités, grâce au développement de cette méthodologie comparative spécifique pour l'Afrique et son(s) droit(s). Compte tenu de l'histoire du continent, en effet, il est seulement par l'application optimale du droit comparé que nous pouvons développer une méthode qui favorise l'intégration des systèmes juridiques de l'Afrique prenant en considération leur unicité.

Le droit comparé dans le contexte africain

Actuellement, la discipline des études juridiques comparatives africaines est assez faible.

Quand il y a du droit comparé impliquant des droits africains, il y a la tendance à considérer la situation locale vis-à-vis les modèles importés pendant, et enracinés depuis, la période coloniale, ainsi que ces situations locales par

rapport à celles présent dans l'ancien pays colonisateur. Par conséquent, la direction a toujours été de comparer l'Afrique et le monde occidental développé.

On peut dire en toute sécurité que presque rien a été fait en termes de comparaison entre les pays africains et leurs systèmes juridiques, tandis que l'utilisation du droit comparé est plutôt essentiel pour différentes raisons, et l'amélioration des études de droit comparé dans le contexte africain présente plusieurs conséquences importantes.

Premièrement, les juristes africains pourront comprendre qu'aborder l'étude du droit en Afrique du point de vue du droit comparé permet de comprendre la façon avec laquelle la notion africaine de droit peut être intégrée dans le processus de création du droit en Afrique. Ceci contribue également à éviter de considérer la notion occidentale de droit comme la seule possible ou la seule juste, seulement parce qu'elle provient du monde occidental. Une telle reconnaissance permettra également aux juristes africains de considérer leurs cultures et leurs systèmes juridiques sous une perspective complètement différente.

L'approche comparatif sera également utile pour étudier les droits originellement africains sous une perspective différente. Aujourd'hui, les études en droit africain sont entrées dans une nouvelle étape basée sur la réévaluation de la(les) culture(s) juridique(s) africaine(s). Cette réévaluation n'est pas seulement un simple exercice doctrinal, mais aussi une préoccupation pour les législateurs. Le Mozambique reconnaît officiellement la présence de différents ordres juridiques dans son système juridique¹⁴, le législateur de l'OHADA a

¹⁴ Voir l'Art. 4 de la Constitution Mozambicaine.

estimé nécessaire d'intervenir sur l'Acte Uniforme sur le Droit Commercial Général pour tenter de rassembler les acteurs du secteur informel avec le droit officiel¹⁵.

Plus en générale, la nature orale des droits originellement africains a défié les nombreuses tentatives de le codifier, et même si “un code est nécessairement antithétique au droit coutumier”¹⁶, ce genre d'efforts sont encore faits¹⁷. Le comparatiste peut appeler l'aide de l'anthropologue pour une recherche interdisciplinaire. Il est bien connu que l'écriture en soi modifie la nature des droits originellement africains, qui sont constitués par une règle juridique spontanée dont la validité est dans la factualité (elle existe car elle est appliquée)

¹⁵ Introduction de l'entrepreneant par le nouveau Art. 30 dudit Acte Uniforme. Ici aussi, le droit comparé est essentiel pour comprendre une institution étrangère à la loi française. Voir Salvatore MANCUSO, *Analyse historique et comparée de la figure de l'entrepreneant en droit OHADA*, in Justine DIFFO TCHUNKAM (cur.), *L'OHADA au service de l'économie et de l'entreprise*, (2014) Cape Town, JUTA, p. 178-187.

¹⁶ Thomas W. BENNETT & T. VERMEULEN, *Codification of Customary Law*, 24 *Journal of African Law* (1980) 206-219, p. 219.

¹⁷ Il existe une vaste contribution doctrinale à la question de la “codification” des droits originellement africains et des problèmes connexes. Une partie importante de celle-ci se trouve dans le chapitre intitulé “*The Ascertainment of Folk Law*” dans le vol. I de Alison Dundes RENTELN, Alan DUNDES (eds.), *Folk Law. Essays in the theory and Practice of Lex Non Scripta*, (1995) Madison, The University of Wisconsin Press. Voir aussi Thomas W. BENNETT & T. VERMEULEN, *Codification* cit. Le projet *Restatement of Africa Law* (ALP) était un examen systématique et une collection des différentes droits originellement africains utilisés dans les pays africains, sur lesquels voir Antony N. ALLOTT (ed.) *Integration of Customary and Modern Legal Systems in Africa*, (1971) New York: Africana Publishing Corp., and Ile-Ife Nigeria: University of Ife Press. Plus récemment un projet sur la codification des droits originellement africains a été conduit en Namibie, sur lequel voir Manfred O. HINZ, *The ascertainment of customary law: What is ascertainment of customary law and what is it for? The experience of the Customary Law Ascertainment Project in Namibia*, (2012) Oñati Socio-legal Series [online], 2 (7), 85-105, disponible sur: <http://opo.iisj.net/index.php/osls/article/view/181/67>. (vu le 19 Mai 2017). La Faculté de droit de l'Université de Bissau a également terminé un recueil du droit traditionnel des principales ethnies du pays, représentant plus de 80% de la population du pays, sur lequel voir Fernando LOUREIRO BASTOS, *Relatório final do projecto de recolha e codificação do direito consuetudinário vigente na República da Guiné-Bissau*, (2012) Bissau.

et non car elle est écrite dans le papier. Le problème se pose lorsque l'autorité est donnée au texte où la "coutume" a été écrite sans tenir compte de toutes les circonstances extérieures qui sont importantes pour l'élaboration de chaque règle, donnant ainsi la valeur au texte et privant la "coutume" elle-même de l'adaptabilité et de la flexibilité susmentionnées¹⁸. Le droit spontané n'est par sa nature pas lié à quelque chose de fixé, il est informel, et il peut changer chaque fois que les circonstances le rendent nécessaire ; tandis que le droit écrit, par sa nature, ne peut pas changer jusqu'à quand il est réécrit de neuf.

Il convient également prendre en considération que toute initiative de verbalisation de la règle native africaine se fera avec l'utilisation d'une langue dont la terminologie implique des concepts juridiques dans la plupart des cas étrangers aux langues et aux cultures juridiques africaines autochtones. Ce faisant, on risque de mal comprendre sa signification, car la règle traditionnelle africaine est amenée à donner une importance à des éléments et des facteurs qu'un juriste occidental ne considérera probablement pas comme juridiquement pertinents. C'est la raison pour laquelle la société africaine se caractérise par une vision de la vie où tout est lié : la vie et le surnaturel, les comportements humains et les phénomènes naturels, le droit, le pouvoir et ce qui est sacré sont liés. Traditionnellement l'application de la règle n'est pas directement destinée à punir les coupables, mais à consolider la cohésion et à rétablir au sein paix au sein du groupe.

¹⁸ Rodolfo SACCO, *Il diritto africano*, (1995) Turin, UTET; Louis P. VORSTER, *Indigenous Law and Development*, 2 *Development Southern Africa*, (1985) vol. 1, 38-43; Thomas W. BENNETT & T. VERMEULEN, *Codification* cit. Dans le sens contraire voir Henry LÉVY-BRUHL, *Introduction* cit., at 74; William L. TWINING, *The Place of Customary Law in the National Legal Systems of East Africa*, (1964) Chicago, University of Chicago Law School.

La présence de populations différentes avec leur propres cultures juridiques dans les États africains¹⁹ nous emmène à la recherche devra donc être adressée à trouver les éléments communs entre les différents droits originellement africains, pour les mettre en évidence : ceci permettra de contribuer au développement d'un droit en Afrique qui soit véritablement lié à sa culture juridique.

Le droit comparé est également un outil essentiel pour l'intégration juridique en Afrique.

Il est communément mentionné qu'un des objectifs du droit comparé est la contribution qu'il peut apporter au développement du système juridique de l'État. Si nous passons au développement d'un système juridique au niveau transnational, on peut distinguer deux phases où le droit comparé peut être d'une aide considérable. Il permet une réflexion sur la nécessité de l'intégration juridique, et, en cas positif, donne la possibilité de déterminer la meilleure façon de réaliser une telle intégration juridique.

En particulier, le droit comparé donne premièrement l'occasion de comprendre la situation de la diversité juridique réelle, ce qui constitue un élément qui peut être utilisé en faveur ou contre l'intégration juridique; depuis le droit comparé intervient comme un outil pour évaluer l'opportunité de l'intégration juridique, afin de vérifier si la diversité juridique qu'il a contribué à identifier est la source des problèmes que la même intégration juridique a

¹⁹ Ce phénomène est bien décrit par Christian N. OKEKE, *African Law in Comparative Law: Does Comparativism Have Worth?*, disponible sur http://works.bepress.com/christian_okeke/1 (vu le 22 Mai 2017).

l'intention de résoudre, car la diversité juridique n'est pas la seule raison justifiant l'intégration juridique, ni une valeur à conserver à tout prix²⁰.

Une fois que le besoin d'intégration juridique a été établi, il est nécessaire de déterminer comment le faire²¹. Ici, le droit comparé peut jouer un rôle décisif dans l'identification des méthodes les plus appropriées pour que les ordres juridiques s'intègrent en ce qui concerne leur diversité juridique, et ceci grâce à la recherche de solutions communes aux systèmes juridiques à intégrer qui peuvent être réalisées à travers des études comparatives²². Ici le droit comparé peut contribuer à la cohérence de l'intégration juridique, en tenant compte de la diversité juridique et en préservant le pluralisme juridique.

L'expérience de l'OHADA – qui repose fondamentalement sur une simple transplantation du modèle français avec de petites modifications – nous rappelle la difficulté de son application quotidienne en raison de sa haute technicité pour la majorité des personnes, d'un côté, et sur la résistance à abandonner ledit modèle français chaque fois qu'il a été jugé nécessaire. L'OHADA a vocation de s'étendre à l'entier continent africain²³, avec une partie considérable des pays avec un système de *common law* et des présences très importantes de droit islamique²⁴ : une véritable intégration juridique est impensable sans de propres études comparatives.

²⁰ Veronique ROBERT, Laurence USUNIER, *Du bon usage du droit comparé*, in Mireille DELMAS-MARTY (dir.), *Critique de l'intégration normative*, (2004) Paris, PUF.

²¹ Pour un aperçu des processus d'intégration juridique en Afrique voir Salvatore MANCUSO, *Trends on the Harmonization of Contract Law in Africa*, 13 *Ann. Surv. Int'l & Comp. L.*, (2007) 157-178.

²² Veronique ROBERT, Laurence USUNIER, *Du bon usage* cit.

²³ Art. 53 du Traité de l'OHADA.

²⁴ Le cas de Djibouti est emblématique : un des raisons pour lesquelles Djibouti a refusé de joindre l'OHADA a été exactement la (prétendue) contradiction entre le droit OHADA et le droit islamique.

La nécessité de tenir compte la spécificité africaine était, encore, une préoccupation présente au moment de la préparation et de la discussion de l'avant-projet d'acte uniforme OHADA sur le droit des contrats élaboré par le professeur Marcel Fontaine, qui, depuis avoir voyagé dans la plupart des pays membres de l'OHADA pour s'en renseigner, observait que « *Il importe néanmoins de tenir en compte des spécificités africaines, afin d'apporter les adaptations nécessaires. Chacun en a évidemment convenu. Toutefois, mes interlocuteurs ont éprouvé bien des difficultés à identifier des spécificités propres au droit des contrats, qui seraient communes à la région, si ce n'est le degré généralement élevé d'illettrisme* »²⁵.

Ces situations sont clairement un exemple de l'utilisation rare du droit comparé lorsqu'il s'agit des questions de droit africain. La principale préoccupation de la plupart des chercheurs africains est l'étude et la recherche sur les droits étrangers ou importés, car les systèmes juridiques africains ont été fondés sur le droit imposé. En outre, les législateurs continuent à utiliser des valeurs, des concepts, des modèles et des règles juridiques étrangers pas liés au contexte africain, et les questions relatives à l'étude comparé des droits originellement africains ou à la création de lois véritablement liées au contexte dans lequel elles doivent opérer sont habituellement peu abordées²⁶.

La législation qui prétend avoir été adoptée pour résoudre des problèmes, mais qui est peu observée et appliquée, est donc une situation commune en

Personne n'a pris l'initiative de faire une étude compare pour voir dans quelle mesure le droit OHADA est effectivement en contradiction avec les principes de droit musulman.

²⁵ Marcel FONTAINE, *L'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : vue d'ensemble*, 13 *Revue de droit uniforme*, (2008) n.1/2, 204.

²⁶ Kivutha KIBWANA, *Enhancing Co-Operation Among African Law Schools: Comparative Law Studies Within the African Context*, Centre for Human Rights at University of Pretoria: 1986—2006, disponible sur http://www.chr.up.ac.za/centre_publications/occ_papers/occ4.html (vu le on 18 May 2013).

Afrique²⁷. La plupart des lois copiées du modèle occidental ne se sont pas adaptées à la culture juridique africaine parce que ces modèles ne partagent pas les mêmes valeurs de personnes où elles ont été transplantées, car l'adoption du modèle occidental implique en Afrique un changement révolutionnaire : l'abandon de l'approche centrée sur la communauté en faveur d'un modèle basé sur l'individualisme et la centralisation du droit²⁸. En effet, étant donné que les systèmes juridiques africains sont dysfonctionnels particulièrement dans les domaines où les formes africaines d'organisation sociale ont résisté aux influences extérieures²⁹, il est donc clair qu'un des objectifs majeurs du droit comparé dans les pays africains est de résoudre les conflits juridiques résultant de la combinaison fréquente de formes de droit "traditionnelles" avec les droits de l'état.

Il est alors clair que la comparaison des systèmes juridiques des pays africains (de l'Afrique subsaharienne), qui sont plus similaires en termes de situations économiques, culturelles, sociales et historiques, est de grande valeur pour la résolution des problèmes juridiques de l'Afrique : les pays africains sont tous dans une phase transitoire de développement juridique, ils peuvent apprendre les uns des autres. L'utilisation de la méthodologie du droit comparée – visant à découvrir les formants juridiques agissant dans chaque système

²⁷ Rodolfo SACCO, *Il diritto africano* cit.; Joseph MANDE DJAPOU, *L'état du droit civil en République Centrafricaine*, in Jean WILLYBIRO-SAKO (ed.), *Le rôle de la justice dans le développement de la R.C.A.*, (1991) Bangui; Thomas W. BENNETT & T. VERMEULEN, *Codification* cit.; George KRZECZUNOWICZ, *The Ethiopian Law of Extra-Contractual Liability*, (1970) Addis Ababa, Faculty of Law.

²⁸ Sur ce point voir Vincent KANGULUMBA MBAMBI, *Les droits originellement africains dans les récents mouvements de codification : le cas des pays d'Afrique francophone subsaharienne*, 46 *Les Cahiers de droit* (2005), 1-2, 315.

²⁹ James S. READ, *Law in Africa: Back to the Future?*, in Ian EDGE, ed., *Comparative Law in Global Perspective: Essays in Celebration of the Fiftieth Anniversary of the Founding of the SOAS Law Department*, (2000) New York, Transnational Publishers, Inc., p. 177.

juridique pour trouver des similitudes et des différences non seulement dans le droit écrit, mais aussi dans le droit en action³⁰ – sera ici d’une aide incomparable dans la recherche de ces principes communs présents dans les différents systèmes juridiques africains et leurs différentes strates, qui représentent le cœur commun du droit africain³¹, et qui sont essentiels pour mettre correctement en place des intégrations juridiques qui pourraient être accessibles et compréhensibles pour la population impliquée.

Le droit comparé en Afrique et sa méthodologie

Sur le plan méthodologique on a déjà fait plusieurs fois référence à la “méthodologie” propre au droit comparé et à son application dans le contexte africain. Certains aspects ont déjà été décrits : l’approche stratigraphique pour l’étude du droit africain, l’analyse des formants juridiques agissant dans les différents systèmes juridiques.

On doit dire quelques mots plus sur cette question.

La recherche des formants juridiques en tant que tous les éléments qui permettent d’établir la raison pour laquelle une règle de droit donnée existe et est pratiquée d’une certaine manière, revêt une grande importance dans le contexte africain, où en plus de l’influence des systèmes occidentaux, le pouvoir

³⁰ Sur la théorie des formants juridiques voir Rodolfo SACCO, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, 39 *Am. Jour. Comp. Law*, 1 and 343 (1991); ID., *Introduzione al diritto comparato*, 5th ed., Turin, UTET, 1992.

³¹ J’ai proposé cette approche en ce qui concerne l’éventuelle harmonisation juridique du droit des affaires dans la région de la SADC dans mon *Legal Integration in the SADC Region: Some Methodological Reflexions*, 6 *Journal of Comparative Law* (2011), 1, 146-160.

de mettre en place des règles contraignantes n'est pas réservé à l'État, mais est aussi exercé par des autres groupes sociaux.

L'identification des formants juridiques présents dans les systèmes juridiques africains permet de prendre en compte des facteurs normalement ignorés par le juriste occidental. Une telle approche ouvrira la porte à la compréhension d'une conception du droit différente de l'approche positiviste (occidentale) basée sur le monopole de l'État sur le droit. Le droit comparé accompagné d'une vision "pluraliste" est alors essentiel pour identifier la conception africaine du droit et ses particularités, en considération que les phénomènes sociaux en Afrique sont indifférenciés, de sorte qu'il est impossible, et même inutile, de séparer ce qui est juridique de ce qui est religieux, surnaturel ou économique³².

En plus, comme dit en avance, les cultures africaines ignorent le rôle du juriste et les langues africaines n'ont pas la terminologie juridique³³, la plupart de ces systèmes ne sont pas intégrés dans un instrument écrit, après avoir été enregistré par des études par les anthropologues, et très peu ont été incorporés formellement dans le cadre des lois des pays africains. Ceci peut expliquer pourquoi aussi peu d'études comparatives ont été faites sur les droits originellement africains. De cette façon, la méthodologie pratique pour l'étude des systèmes juridiques africains diffère dans l'aspect fondamental qu'ils sont beaucoup plus souvent non écrits et exigent des efforts que l'étude des droits

³² Henry LEVY-BRUHL, *Introduction à l'étude du droit coutumier africain*, 8 *Revue internationale de droit comparé*, (1956), 67-77.

³³ Voir Rodolfo SACCO, *Antropologia giuridica*, (2007) Bologna, Il Mulino, p. 196; Johan Frederik HOLLEMAN, *Issues in African Law*, (1974) The Hague, Mouton, p. 13; Antony N. ALLOTT, *The Unity of African Law*, in *Essays in African Law*, (1960) London, Butterworths, 59-71, p. 61.

écrites. Cependant, la méthode utilisée pour l'étude de ces systèmes de droit est différent, de sorte que les résultats et les connaissances à acquérir en étudiant ces systèmes de droit sont différents aussi.

Les systèmes de droit africain sont donc une combinaison des strates susmentionnées dans une mixité unique qui ne peut être comprise sans se débarrasser de l'approche occidentale au droit. Ici, le comparatiste doit être ouvert pour amener l'anthropologue, peut-être aussi le sociologue, et sûrement le linguiste, à effectuer une analyse comparative efficace des systèmes juridiques en Afrique, afin de découvrir ce cœur commun des cultures juridiques africaines qui pourrait aider le législateur (surtout) transnational africain à considérer les spécificités africaines lors de la création de nouvelles lois³⁴.

L'application du droit comparé n'est donc pas un luxe académique pour l'Afrique : compte tenu de l'histoire du continent, il est nécessaire pour gérer et intégrer ses systèmes juridiques uniques³⁵.

Plus en général, comparer en Afrique avec une méthodologie appropriée signifie repenser le droit africain. Les droits africains ont toujours été considérées (aussi par la plupart des mêmes juristes africains qui ont étudié hors du continent) avec l'indulgence utilisée par les personnes supérieures envers ceux qui ne sont pas considérés comme étant au même niveau. Les droits africains ont été considérées négativement, car elles n'ont pas la précision, la prévisibilité, l'unité, la rationalité, la transparence, la publicité des droits occidentaux ; ils sont reprochés d'être flexibles, multiples, verbaux, trop mélangés avec des

³⁴ Un exemple en Salvatore MANCUSO, *Le droit OHADA vers sa population. Y-a-t'il une place pour les droits originellement africains dans le processus d'harmonisation du droit des contrats en Afrique ?*, in *Les pratiques contractuelles d'affaires et les processus d'harmonisation dans les espaces régionaux*, (2012) Porto Novo, ERSUMA.

³⁵ Christian N. OKEKE, *African Law* cit.

éléments moraux et religieux, et pour cette raison des instruments juridiques incertains, imprévisibles, irrationnels et non appropriés³⁶.

Repenser le(s) droit(s) africain(s) signifie considérer les caractéristiques mentionnées ci-dessus pas comme des défauts, mais comme des particularités et des valeurs de la culture africaine, représentant peut-être ce qui a été défini “la dimension africaine du droit”³⁷. Appliquer une méthodologie comparative et étudier les droits africains comparativement est une étape essentielle dans cette direction.

Quelques réflexions sur le plan du droit constitutionnel

Le discours fait ci-dessus nous emmène à faire quelque réflexion sur le plan du droit constitutionnel.

L’expérience nous a dit que les constitutions à modèle occidental trouvent beaucoup de difficultés à s’enraciner en Afrique sub-saharienne. L’Afrique est le continent avec le taux le plus haut de changements des textes constitutionnels, dû, dans la plupart des cas, à la chronique instabilité politique de l’Afrique et au désire des chefs d’état d’exercer un contrôle complet sur les activités et de prolonger leur mandat sur la période originellement prévue dans le texte constitutionnel. Les cases où le chef de l’état laisse volontairement le pouvoir à un successeur à la fin de son mandat sont encore la minorité et font les gros titres.

³⁶ Michel ALLIOT, *Ce que repenser les droits africains veut dire*, in Camille KUYU (dir.), *À la recherche du droit africain du XXI^e siècle*, (2005) Paris, Connaissances et Savoirs.

³⁷ Jacques VANDERLINDEN, *Quo vaditis iura Africana?*, 8 *Jahrbuch für afrikanisches Recht* (1997), 161-177, p. 163; Michel ALLIOT, *Ce que repenser cit.*

Au moins trois des piliers du constitutionalisme à modèle occidental – l’alternance, la séparation des pouvoirs de l’état et le multipartisme – qui sont les piliers de la conception occidentale de la démocratie, ne sont pas en ligne avec la culture juridique africaine. En plus, les états africains ne sont pas le résultat du développement autonome de la culture politique et juridique locale, mais ils ont été dessinés et imposés par les anciennes puissances coloniales sans tenir en compte la situation locale.

La constitution n’est pas seulement de dérivation politique, c’est aussi la réflexion de la société, de l’histoire et de la culture d’une nation. On suppose que les ceux qui ont écrit les constitutions des pays africains connaissent ces éléments fondamentaux, mais dans la réalité ils ne le connaissent pas car aux constitutionnalistes africains les universités ont donné les outils pour lire et interpréter les constitutions, pas pour les écrire. Les constitutions européennes, qui sont servies comme modèles en Afrique, sont des constitutions qui viennent de pays qui ont attendu un certain niveau de développement et ont des institutions avec une histoire et des bases solides. Dans les pays africains les institutions démocratiques n’ont pas attendu le même niveau de consolidation ou elles doivent encore être installées³⁸.

Les constitutions africaines à modèle européen ne tiennent pas en compte de l’histoire et de la culture des respectifs pays. Sur le plan constitutionnel, le cas de la détention du pouvoir au niveau traditionnel est celui que nous intéresse, et qui explique beaucoup de situations que nous rencontrons en Afrique.

³⁸ Sadikou AYO ALAO, *De la nécessaire relecture de nos constitutions en Afrique francophone*, (2013) Cotonou, Ed. du Gerddes.

La distinction entre sociétés à pouvoir centralisé et sociétés acéphales en Afrique est bien connue.

Dans les premières il y a un chef (parfois désigné comme roi) doté de pouvoirs politiques³⁹, des organes de gouvernement et des structures juridiques. En général, le chef est de dérivation divine, est ce caractère explique la nature despotique de son pouvoir, étendu au droit de vie et de mort des sujets, qui attendent de lui qu'il distribue sur la société le potentiel d'énergies favorables qui se rattachent à la qualité divine ou au charisme ; l'accès à la chefferie est presque toujours réservé à une ethnie, lignée ou famille déterminée selon des procédures qui peuvent impliquer l'homme ou le fils le plus âgé, ou une compétition entre les prétendants⁴⁰. Le pouvoir peut s'exercer avec de contre-pouvoirs ou une division de pouvoirs, mais le chef représente toujours l'entière communauté (jamais seulement une partie) car son pouvoir est garanti par la foi et le consensus populaire, sinon il n'est pas un véritable chef, il est un chef délégitimé. Le chef unique pourra avoir des appuis (de type surnaturel ou charismatique) qui manquent à la majorité.

Dans les sociétés acéphales il n'y a pas de pouvoir politique centralisé. Aucune personne ou organe a le pouvoir de prendre les décisions pour la communauté. Cependant, même s'il n'y a pas le chef politique, il peut y avoir un chef générique, possédant de pouvoirs sacrés, qui reçoit une investiture surnaturelle et grâce à cette dérivation surnaturelle de son pouvoir peut

³⁹ Jean POIRIER, *Les formes monarchiques du pouvoir dans l'Afrique noire pré-coloniale*, in *Recueils de la Société Jean Bodin, XXI, La monocratie*, (1969) Bruxelles, Ed. de la librairie encyclopédique.

⁴⁰ Rodolfo SACCO, *Le droit africain. Anthropologie et droit positif*, (2009) Paris, Dalloz, p. 118 et suiv.

apporter de bienfaits⁴¹. Dans les sociétés en question, le groupe, à base familiale, pourvoit à la défense de ses membres et gère, si besoin, les conflits naissant en son sein. Les tribus se fragmentent en clans, ces derniers en lignages, ceux-ci en familles patriarcales et celles-ci en familles nucléaires. La tribu a une assemblée à la quelle accèdent les hommes vieux et sages, ou, parfois, les hommes adultes capables de porter les armes ; l'assemblée s'occupe des affaires administratives ou judiciaires, et a un président élu pour un bref laps de temps. Toutes ces activités d'exercice du pouvoir sont toujours effectuées en faveur du groupe dans son intégralité.

La chefferie traditionnelle a été regardée comme un mal à éliminer pendant la période coloniale, car le but était de rendre les africains des sujets modernes selon le critère occidental, car dans les systèmes politiques traditionnels en Afrique ne reposaient pas sur le constitutionnalisme et le pouvoir avait une base traditionnel ou charismatique et non pas un fondement légal⁴². Cette idée a imprégné les esprits, au point que ceux qui ont rédigé les constitutions africaines n'ont pas pris en considération l'approche africain à la gestion du pouvoir en le considérant un retour au passé, sans tenir en compte que la chefferie traditionnelle d'aujourd'hui n'est plus celle d'avant la période coloniale suite son rencontre avec le modèle analogue de dérivation européenne.

⁴¹ Voir, par exemple, Meyer FORTES, *The Political System of the Tallensi of the Northern Territories of the Gold Coast*, in Meyer FORTES, Edward E. EVANS-PRITCHARD (eds.), *African Political Systems*, (1940) Londres, Oxford University Press, p. 239-271.

⁴² Dimitri-Georges LAVROFF, *Les systèmes constitutionnels en Afrique noire. Les états francophones*, (1976) Paris, Pedone.

Donc, pour les premiers rédacteurs des constitutions africaines ont eu comme seule option celle de s'approprier du modèle de leurs anciens colonisateurs, même si leur régimes politiques sont diversifiés et certaines très loin du modèle adopté, et si les textes qu'ils ont suivis viennent de l'histoire et sont basé sur la situation économique de l'ancien pays colonisateur⁴³. La conséquence a été l'introduction d'institutions modernes dans des pays qui n'avaient pas encore les infrastructures et un niveau de développement adapté à les accueillir, dans des états africains fraîchement indépendants qui n'avaient pas le même passé historique et culturel, institutions et modalités de les faire fonctionner dont les mêmes pays sont incapables de supporter les couts aussi⁴⁴.

Les constitutions africaines adoptées sur le modèle européen, donc, n'ont pas résisté à l'impact avec la réalité africaine⁴⁵.

L'approche européen confère une importance fondamentale à la conformité au droit de la procédure d'acquisition du pouvoir politique, mais il n'est pas dit que sur ce point la culture africaine doive nécessairement être en ligne avec celle européenne. Le pouvoir est souvent pris par un coup de force ou par surprise, et le succès de ces opérations est imaginé comme le résultat de l'union entre le vainqueur et les forces surnaturelles qui l'ont soutenu. En Afrique est donc absolument normal que le pouvoir politique est pris à travers

⁴³ Jacques DJOLI, *Le constitutionalisme africain : entre l'officiel et le réel... et les mythes. État de lieux*, in Camille KUYU (dir.), *À la recherche du droit africain du XXI siècle*, (2005) Paris, Connaissances et Savoirs.

⁴⁴ Sadikou AYO ALAO, *De la nécessaire relecture* cit.

⁴⁵ La bibliographie sur ce thème est très étendue. On signale l'ouvrage de Maurice KAMTO, *Pouvoir et droit en Afrique noire*, (1987) Paris, LGDJ ; Gérard CONAC, *Les constitutions des États d'Afrique et leur effectivité*, in Gérard CONAC, *Dynamiques et finalités des droits africains*, (1980) Paris, Economica, p. 385-413 ; Dimitri-Georges LAVROFF, *Les tendances du nouveau constitutionnalisme africain*, in Gérard CONAC, *Dynamiques* cit., p. 414-425 ; Benjamin O. NWABUEZE, *Presidentialism in Commonwealth Africa*, (1974) Londres, Hurst ; Benjamin O. NWABUEZE, *Constitutionalism in the Emergent States*, (1973) Londres, Hurst.

d'un coup de force, et ces coups peuvent aussi se succéder à un rythme rapide. Quand le coup de force a eu succès, l'ancienne constitution est suspendue ou révoqué, et la totalité du pouvoir revient aux auteurs du coup de force qui agissent en dehors de tout contrôle extérieur.

Généralement les auteurs du coup de force adoptent (ou favorisent l'adoption) une nouvelle constitution. Le but est d'institutionnaliser et légitimer le pouvoir, aussi que d'adhérer à une idéologie – différente de celle occidentale – caractérisée toujours par le pouvoir absolu du parti unique (ou du parti de majorité quasi-plébiscitaire), élection aux fonctions opérée par le parti ou précédée par un plébiscite en faveur des candidats indiqués par le parti, et qui sera nommée de manière différente, mais toujours avec référence à la tradition africaine⁴⁶.

En Afrique ce n'est pas le principe de majorité, mais celui de l'unanimité – qui ne distingue pas entre l'opinion victorieuse et celle opposante – qui vaut, car en Afrique l'idée d'unanimité implique la prise en compte de tous les points de vue présents. L'africain comprend bien l'idée de se réunir pour prendre une décision, mais n' imagine pas que celui qui s'est rendu à une réunion pour manifester son opinion puisse ensuite être soumis à la solution opposée, soutenue par une majorité à laquelle il n'appartienne pas. Un système où la majorité puisse imposer ses décisions à la minorité est étranger à la culture africaine, et ceci peut expliquer la raison pour laquelle l'africain est favorable au parti unique comme lieu où se rencontrent toutes les opinions, où elles sont discutées (parfois avec des discussions exténuantes), et où se trouve une solution commune entre tous les intervenants, alors que le multipartisme ne permette

⁴⁶ Rodolfo SACCO, *Le droit* cit., p. 220 et suiv.

pas la rencontre et la discussion entre les différentes opinions⁴⁷. Ceci surtout si on considère que la majorité électorale exprime souvent seulement l'ethnie la plus nombreuse et l'africain ne pense pas qu'avoir la majorité donne le titre pour gérer l'état avec la marginalisation des ethnies moins nombreuses.

La construction européenne donne une fonction de légitimation au parti, et impose au politicien des règles éthiques concernant son rapport avec le parti et les électeurs comme, par exemple, le mandat impératif. En Afrique, par contre, le lien avec le groupe, la tribu, est très fort, et c'est pourquoi le politicien pense qu'il doit avant du tout protéger les intérêts du groupe qui l'a élu, et qu'il pourra remplir mieux ses fonctions en adhérant au parti plus fort une fois élu⁴⁸ : pour l'africain cette situation est absolument correcte car le parti vainqueur est le lieu où les décisions sont prises et, donc, il doit être ouvert à tous.

La conception européenne du pouvoir est basée sur la doctrine de la séparation des pouvoirs comme garantie contre la tyrannie, car les différents pouvoirs se contrôleront l'un avec les autres. La mentalité africaine est ouverte au débat entre pouvoirs différents, mais n'accueille pas la même partition⁴⁹. Sans dire que la doctrine de la séparation des pouvoirs est mise en discussion même en occident, surtout pour ce qui concerne les relations entre le pouvoir exécutif et le législatif, cependant elle sert à isoler des influences extérieures le pouvoir judiciaire. En Afrique cette protection du pouvoir judiciaire n'est pas toujours mise en œuvre ou désiré : le contrôle juridictionnel sur les décisions

⁴⁷ Voir M. BAYONA BA MEYA MUNA KIMVIMBA, *Le recours à l'authenticité dans la réforme du droit au Zaïre*, in Gerard CONAC, *Dynamiques* cit., p. 227-258, à la p. 232, "[...] ainsi se trouvent traduits, de manière conforme à notre conception politique traditionnelle, le principe du dialogue, l'esprit de la palabre, dans le souci non de contraindre mais de persuader".

⁴⁸ On a eu des exemples de cette situation au Kenya ou en Somalie.

⁴⁹ M. BAYONA BA MEYA MUNA KIMVIMBA, *Le recours* cit., p. 232.

politiques n'est pas souhaité, et le chef politique peut exercer véritablement ses fonctions seulement si les pouvoirs sont concentrés dans ses mains, et s'ils sont limités par un contrôle exercé par des autres sujets de niveau inférieur au sien⁵⁰.

La tendance du constitutionnalisme africain qui a suivi l'indépendance révèle de caractéristiques particulières.

Premièrement, l'Afrique est caractérisée par un présidentielisme centralisateur où les pouvoirs sont concentrés dans les mains du chef de l'État⁵¹, et il est légitime de penser qu'il continue, dans la culture politique africaine, l'ancien chef avec légitimation divine.

La deuxième caractéristique se trouve dans le rôle du parti politique qui occupe l'État et représente le véhicule à travers lequel le chef de l'État domine le pays et de laquelle fidélité il est sûr.

Encore, le constitutionnalisme africain se caractérise par le parti unique⁵².

Dans une situation de multipartisme le parti qui se trouve à l'opposition est exclu du rôle de médiation entre l'État et les citoyens. Dans l'occident, il prétend à devenir un jour le parti de majorité, après avoir rassemblé les

⁵⁰ La question est développée par Alan MOYRAND, *Réflexions sur l'introduction de l'état de droit en Afrique noire francophone*, in 3 *Revue Africaine de Droit International et Comparé* (1991), p. 251-276.

⁵¹ André CABANIS et Michel Louis MARTIN, *Les constitutions d'Afrique francophone. Évolutions récentes*, (1999) Paris, Karthala ; Axmed A. BOOTAN, *La Costituzione somala del 1990*, in Elisabetta GRANDE (cur.), *Transplants, innovation and legal tradition in the Horn of Africa*, (1995) Turin, L'Harmattan, p. 131-166.

⁵² La bibliographie sur ce thème est très étendue. On signale B. P. WANDA, *The One-Party State and the Protection of Human Rights in Africa with particular reference to Political Rights*, in 3 *Revue Africaine de Droit International et Comparé* (1991), p. 756-770 ; Zogblémou TOGBA, *Parti unique et contrôle juridictionnel : des élections législatives en Côte d'Ivoire*, in 2 *Revue Africaine de Droit International et Comparé* (1990), p. 558-581 ; Jackson B. OJWANG et Phoebe B. OKOWA, *The One-Party State and Due Process of Law : The Kenya Case in Comparative Perspective*, in 1 *Revue Africaine de Droit International et Comparé* (1989), p. 177-205 ; Ahmed MAHIOU, *L'avènement du parti unique en Afrique noire*, (1969) Paris, LGDJ.

adhésions nécessaires autour de son programme. En Afrique le ciment idéologique n'est pas fort, et la division du corps politique se base sur le groupe ou l'ethnie, et le groupe minoritaire n'a aucune possibilité de devenir majoritaire, car le parti exclu du pouvoir ne pourra pas obtenir les adhésions nécessaires pour prendre le pouvoir : la lutte pour le consensus électoral se transforme en une question d'alliances entre les groupes ou les ethnies. La vraie fonction du parti est de permettre aux citoyens d'accéder aux bénéfices qui sont livrés par l'État, et l'africain ne comprend pas pourquoi un parti peut participer à, et un autre est exclu de, cette redistribution. Au moment de l'indépendance nombreux politiciens africains ont dû accepter les constitutions que les pouvoirs européens lassaient en héritage à l'État africain naissant, mais ils ne manquèrent pas d'affirmer qu'elles n'ont rien à voir avec la culture africaine, alimentent le tribalisme et imposent à la vie politique coûts plus chers.

Mais des raisons plus profondes empêchent le multipartisme en Afrique.

L'africain ne pense pas que ceux qui appartiennent à la minorité puissent laisser les décisions qui le concernent à la majorité, car la majorité n'a pas de légitimité. La présence d'une minorité délégitime le gouvernement, car le pouvoir ne représente pas la partie de la société qui adhère à l'opposition. Le résultat est donc la tendance à réunifier pouvoir et opposition en utilisant des voies différentes⁵³.

Enfin, on doit considérer aussi le rôle du pouvoir militaire.

⁵³ Rodolfo SACCO, *Le droit* cit., p. 232 et suiv.

Le pouvoir politique dans les mains des militaires qui le prennent avec un coup d'État⁵⁴ est un phénomène incontournable, un passage presque nécessaire dans la vie politique africaine, même s'il ne produit pas des grandes transformations dans la société africaine.

En Afrique subsaharienne l'exercice du pouvoir politique porte avec lui le partage des ressources de l'État (emplois publics, autorisations administratives, concessions foncières, allocations économiques) avec ceux qui ont soutenu ou sont proches au détenteur du pouvoir à travers d'une activité de médiation effectué par le parti, qui ainsi remplit sa propre fonction. Quand les ressources disponibles s'épuisent, ce système basé sur l'achat des consentements est mis en crise, et le gouvernement en place se trouve en situation d'impuissance et d'impasse ; l'absence du ciment idéologique ouvre la porte à la mise en place d'une action de force pour établir un nouvel ordre, souvent réalisé par les militaires dans leur ensemble ou par un groupe de militaires (et dans ce cas l'acte de force est accompagné par l'inertie des autres militaires). Le coup d'État est formellement un acte de force qui sert à la solution de situations que – en Afrique – souvent ne peuvent pas être débloquées par des moyens différents.

⁵⁴ Le phénomène a donné lieu à plusieurs écrits. Sur le pouvoir militaire en Afrique on signale Niki TOBI, *Development of Constitutional Law in Military Regimes in Nigeria*, in Emmanuel G. BELLO & Bola A. AJIBOLA (eds.) *Essays in Honour of Judge Taslim Olawale Elias* (1992) Dordrecht, Martinus Nijhoff, vol. 2, p. 673-715 ; *Proceedings of the Colloquium on « Why Army Rule ? » May 20-22, 1986*, (1986) Lagos, Nigerian Institute of Advanced Legal Studies ; Semi-Bi ZAN, *Les régimes militaires d'Afrique occidentale*, in *Revue française d'études politiques africaines*, 1974, vol. 9, n. 108, p. 49-60. Sur le coup d'état voir Ismaila KONE, *Coup d'État et refondation politique en Afrique : Le cas de la Côte d'Ivoire*, in 12 *Revue Africaine de Droit International et Comparé* (2000), p.670-702 ; David Adebayo IJALAYE, *Coup d'etat and the Nigerian constitutions*, (1997) 1 *Nigerian Journal of Public Law*, p. 26 ; Dimitri-Georges LAVROFF, *Essai de typologie de la prise de pouvoir par les militaires en Afrique noire*, in 1 *Revue Africaine de Droit International et Comparé* (1989), p. 533-550

Dans le cas que on vient de décrire les militaires diront qu'ils ont pris le pouvoir pour sauver le pays de la corruption et du népotisme. On pourra avoir aussi en coup de force si au sein du groupe au pouvoir des divergences dues à des rivalités ethniques, donc irréparables, se manifestent. Encore, les militaires peuvent prendre le pouvoir quand ils désapprouvent la politique du gouvernement et décident d'y couper la continuation. Enfin, le coup de force peut être déterminé quand les militaires pensent que leurs prérogatives ont été atteintes (le cas typique se produit lorsque le président, ou le parti, crée des milices paramilitaires, dotées d'une force concurrente et rivale par rapport à celle des forces armées régulières). Pris le pouvoir, les militaires mettent en place un organe collégial et restreint avec des dénominations les plus différentes, qui continue à fonctionner comme organe constitutionnel de réserve même si des pouvoirs civils ont été mis en place.

Les militaires au pouvoir tendent à exercer toutes les fonctions politiques, mais ils peuvent décider de collaborer avec les civils ou de se limiter à des tâches de contrôle sur l'activité des civils. Le pouvoir militaire tend instinctivement à la centralisation des pouvoirs politiques, vue comme situation qui favorise l'efficacité, mais il ne peut pas se perpétuer à l'infini sans se transformer. Donc, les militaires qui prennent le pouvoir peuvent se déclarer apolitiques, et dans ce cas tentent d'éliminer l'exploitation des ressources de l'État faite par le parti anciennement au pouvoir pour se procurer le consensus avec une lutte contre la fraude et la corruption et une gestion rigoureuse de la chose publique. Après, ils peuvent organiser des élections pour abandonner le pouvoir et retourner à la vie militaire.

Inversement, il peut être que les militaires qui ont pris le pouvoir entrent dans la politique avec la création d'un parti (qui souvent est le résultat de la transformation de l'organe collégial restreint mentionné en précédence) qui aura le monopole de la vie politique. Depuis de la création du parti, une assemblée constituante est créée pour rédiger une constitution, à laquelle approubation suit le fonctionnement d'un parlement ; le pouvoir sera dans les mains de quelques militaires – un desquels sera le chef de l'État – et éventuellement de quelque civil ayant la confiance des militaires.

Le résultat de toutes ces situations est la crise permanente du constitutionalisme africain due à son inadéquation, à son inapplication et à son inefficacité⁵⁵ ; et les proclamations sur le respect de l'indépendance du pouvoir judiciaire et sur la valeur du suffrage universel continuent à n'être pas en ligne avec les situations réelles, tandis que la réalité nous offre, plutôt, de nombreux exemples de pratiques contrevenant à la liberté d'expression ou à l'égal accès à la justice, et qui, plus généralement, sont à l'opposé des principes fondamentaux de la démocratie selon sa conception occidentale⁵⁶.

Suite à l'indépendance on registre des essais pour introduire le multipartisme en Afrique qui n'ont pas eu beaucoup de succès : le multipartisme a été critiqué pour être un héritage artificiel et regrettable de la métropole pas en ligne avec les traditions africaines, pour être une expression de particularisme que peut menacer l'intégrité des états africains, et pour être considéré un luxe que l'Afrique ne peut s'offrir car ses institutions sont trop jeunes pour s'adapter

⁵⁵ Jean DU BOIS DE GAUDUSSON, *Les solutions constitutionnelles des conflits politiques*, in *Afrique contemporaine*, 180, oct-déc 1996, pp. 250-256.

⁵⁶ Albert BOURGI, *L'évolution du constitutionnalisme en Afrique : du formalisme vers l'effectivité*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 52 (2002), pp. 721-748, p. 728.

à une situation aussi sophistiquée⁵⁷. Le résultat a été qu'après l'indépendance et jusqu'à la fin du XX siècle, la majorité des pays africains a vécu sous un régime de parti unique, de fait ou de droit⁵⁸, situation à laquelle s'arrivait parfois avec des procédés pacifiques, parfois avec des procédés autoritaires, toujours en nom de l'intégration nationale, de la nécessité de la construction de l'état, de la favorisation du développement économique⁵⁹.

Seul récemment on témoin une présence en peu plus étendue dans les états africain d'une situation de multipartisme, même si parfois ceci sert pour donner une apparence démocratique au pouvoir du chef d'état avec une opposition que n'a aucun pouvoir d'influer. Depuis la fin du cycle des régimes militaires, suivi par une vague de transitions démocratiques accompagnées d'une conformité superficielle aux constitutions résultantes de conférences national, aujourd'hui on assiste à un retour de l'autoritarisme et de la dévaluation des principes constitutionnels. Les constitutions à modèle français ou américain, adoptés en suite à l'idée d'utiliser modèles perçus comme plus modernes⁶⁰, mais qui favorisent la tendance à la personnalisation du pouvoir, se sont transformées en un renforcement du pouvoir individuel avec l'adoption du modèle présidentiel, avec les moyens nécessaires à assurer la pleine domination

⁵⁷ Ahmed MAHIOU, *L'avènement* cit., p. 50 et suiv.

⁵⁸ Joseph OWONA, *Droit constitutionnel et régimes politiques africains*, (1985) Paris, Berger-Levrault ; Okon AKIBA, *Constitutional government and the future of constitutionalism*, in Okon AKIBA (ed.), *Constitutionalism and society in Africa*, (2004) Aldershot, Ashgate, pp. 3-22 ; aussi que la bibliographie sur le parti unique cité à la note 52.

⁵⁹ Ahmed MAHIOU, *L'avènement* cit. Voir aussi James S. COLEMAN et Carl G. ROSBERG (dir.), *Political parties and national integration in tropical Africa*, (1970) Berkeley, University of California Press ; Guillaume PAMBOU TCHIVOUNDA, *Essai sur l'état africain postcolonial*, (1982) Paris, LGDJ ; Okon AKIBA, *Constitutional government* cit.

⁶⁰ Louis DUBOIS, *Le régime présidentiel dans les nouvelles constitutions des états africains d'expression française*, in *Recueil Penant*, n. 690, mars-avril 1962, pp. 218-247.

d'un chef d'état élu normalement à suffrage universel⁶¹. D'ici, après, les remaniements à plusieurs reprises au cours des dernières années des dispositions relatives au mandat présidentiel, au nombre de mandats que le président de la république peut accomplir (ici le but recherché est d'arriver à tirer l'obstacle du nombre limité de mandats présidentiels), aux relations entre le président et le premier ministre, jusqu'à concentrer les pouvoirs exécutifs sur le président de la république et à régler ses relations avec le parlement⁶².

Le discours est bien synthétisé dans les observations suivantes faites par Sadikou Ayo Alao avec référence à la constitution béninoise :

“La constitution béninoise ne reflète pas [...] le fait que les populations sont illettrées, pauvres ou qu'elles sont en grande partie dans l'informel. C'est une Constitution de domination, des bureaucrates et des lettrés minoritaires, qui veulent des responsabilités pour représenter le peuple au détriment de la grande majorité analphabète qui ne comprend même pas ce qu'est un parti politique, ce qu'est un vote, et quels sont les pouvoirs que confère le bulletin de vote.

C'est pour cela que pendant les élections, les populations estiment que les candidats doivent les payer avant les consultations et tout au long de leur mandat, parce qu'elles pensent que ces candidats sont payés pour qu'ils les payent, elles, en retour. Les électeurs ne comprennent pas la réalité de ce qu'est cette organisation politique. [...]

⁶¹ André CABANIS et Michel Louis MARTIN, *Les constitutions* cit. ; Okon AKIBA, *Constitutional government* cit.

⁶² Albert BOURGI, *L'évolution* cit., p. 726.

*Encore un exemple : le citoyen qui vit dans son village ne trouvera nulle part dans sa Constitution une mention faite au chef du village qui est une autorité qu'il côtoie et qui régit sa vie au quotidien*⁶³ ;

il est évident comme tous ces discours peuvent être rapportés à presque tous les pays de l'Afrique sub-saharienne.

En plus, les constitutions africaines sont rédigées dans la langue européenne, car la présence d'une pléthore de langues locales dans le même pays (qui, dans la plupart des cas ignorent la terminologie juridique) sans qu'une devienne la langue commune, marque la langue importée par les anciens colonisateurs comme l'unique langue véhiculaire et officielle de la nation⁶⁴.

Ceci nous emmène à considérer que si les rédacteurs des constitutions africaines auraient la possibilité de concevoir des constitutions basées sur l'histoire et la culture de leurs payses, qui tiennent en compte la réalité locale, pour faire fonctionner réellement les institutions et avancer vers le développement, les solutions choisies seraient différentes. Force est donc de s'engager dans une réflexion profonde pour proposer une nouvelle régulation de la société fondée sur ses propres origines et sa propre culture.

Il est nécessaire de moduler les constitutions en fonction des ressources (financières et humaines) disponibles sans se contenter de l'aspect politique, parce-que les ressources des pays desquels les constitutions d'aujourd'hui ont été

⁶³ Sadikou AYO ALAO, *De la nécessaire relecture* cit., p. 38 et suiv.

⁶⁴ Sur les relations entre langue et droit en Afrique voir Salvatore MANCUSO, *L'espressione diversa di un diritto diverso: lingua e diritto in Africa*, in B. POZZO (ed.), *Lingua e diritto: oltre l'Europa*, (2014) Milan, Giuffrè, p. 39-56.

copiés sont différentes, et ces constitutions prévoient des institutions destinées à gérer une réalité que n'est pas quelle africaine⁶⁵.

En plus, ce que on appelle “démocratie” en occident, est le résultat de siècles d'histoire qui ont été complètement différents en Afrique. Il faut donc s'interroger : est-ce qu'il y a une approche africaine à la démocratie qui peut être utilisée pour la rédaction de textes constitutionnels qui peuvent être plus en ligne avec la culture juridique africaine ? Est-ce que cette approche peut éviter les dérives autoritaires vues en précédence ?

On a vu en précédence comme historiquement, en Afrique, l'idée de majorité, d'un chef qui représente seulement une partie de la communauté n'est pas en ligne avec la culture politique et juridique africaine. Il faut, donc, s'interroger : est-ce qu'il existe une conception africaine de démocratie ?

Penser de cette façon signifie reconnaître, par exemple, le rôle fondamental joué par la communauté dans les sociétés africaines, opposé à la centralité de l'individu dans les sociétés occidentales. Encore, les études sur les sociétés africaines ont mis en évidence – et on l'a mentionné en précédence – qu'il y a de solutions spécifiques pour l'enlèvement et le remplacement par la communauté du chef qui n'est pas capable de remplir ses fonctions, aussi bien que de mécanismes différents et particuliers de *checks and balances* pour le contrôle sur l'exercice du pouvoir.

Est-ce que on pourra, donc, tenir en compte de ces spécificités pour arriver à produire des constitutions qui aient un esprit vraiment africain ?

⁶⁵ Sadikou AYO ALAO, *De la nécessaire relecture* cit., p. 82.

Pour faire ça il faut, premièrement, reconnaître à la culture juridique africaine la même dignité que celle européenne, et trouver la manière de les mélanger pour avoir des lois – même constitutionnelles – plus en ligne avec la situation africaine. La Constitution du Mozambique – qui reconnaît, dans son Article 4, le pluralisme juridique⁶⁶ – pourrait être un bon point de départ, étant donné que la reconnaissance de l'existence de différents ordres normatifs dans le même système juridique est la première étape d'une approche différente au droit en Afrique subsaharienne. Il contient une déclaration de principe forte, mais ici l'état continue à se réserver la tâche de déterminer la mesure dans laquelle la reconnaissance des différents ordres normatifs peut être faite.

Et puis ? Essayer de formuler une constitution imprégnée de la culture juridique africaine avec les principes du modèle européen ?

L'hypothèse n'est pas tirée par les cheveux. Dans la constitution du Somaliland⁶⁷ le Sénat (appelé dans la constitution *Chambre des Guurti* ou *Goolaha Guurtida* en somalien) est rien de plus que l'institutionnalisation du conseil des aînés dans la constitution. La *Chambre des Guurti* s'occupe de la résolution des conflits entre clans par des contacts réguliers avec les aînés locaux, leur laissant la tâche de régler le différend chaque fois que la *Chambre* est incapable de le faire, toujours ayant la médiation et le maintien de la paix comme objectifs primaires. Il est donc une sorte de représentation des personnes âgées dans la capitale. La *Chambre des Guurti* joue également un rôle central dans la médiation entre le gouvernement et le parlement : elle revoit toutes les lois (sauf les financiers)

⁶⁶ L'Article en question prévoit : “L'Etat reconnaît les différents systèmes normatifs et de règlement des conflits qui existent au sein de la société mozambicaine, dans la mesure où ils ne sont pas contraires aux valeurs et aux principes fondamentaux de la Constitution”.

⁶⁷ Constitution du Somaliland, Chapitre 2, Partie 2, Article 57 et suiv.

approuvé par le parlement, et peut bloquer l'adoption ou exiger des modifications chaque fois que les lois sont considérées comme contraires à la culture ou aux intérêts de la population; elle a également compétence législative sur les affaires de sécurité, religieux, et culturels⁶⁸.

S'il était possible d'avancer dans cette direction, mais il n'est pas dit qu'il y a la volonté de le faire, la constitution devrait assumer le rôle que y devrait être propre dans un environnement pluraliste et multi-juridique, celle d'une guide pour les activités et les pouvoirs de l'état qui soit en ligne avec le contexte et la culture ou elle est destinée à fonctionner.

Il faut, donc, que les constitutions en Afrique intègrent la culture et l'histoire des peuples, car si une constitution peut être comprise seulement par ceux qui ont une préparation technique, elle devient une constitution pour une minorité. La constitution doit comprendre tous les citoyens, même les illettrés et les populations rurales, aussi que tous s'y retrouvent quand on la leur explique. C'est pour cette raison que la chefferie traditionnelle et la gestion du pouvoir dans le sens africain doivent être prises en considération, et la constitution être écrite en manière compréhensible pour tous, aussi que tous les citoyens peuvent participer à la gestion du pays⁶⁹.

Le défi est donc de trouver une voie africaine pour passer de la démocratie sur papier à la démocratie effective qui permet à tous les citoyens d'être partie active de la vie du pays et d'avoir des instruments de contrôle effectifs sur la gestion du pouvoir, même si ceci est fait à travers d'une vision

⁶⁸ Salvatore MANCUSO, *Short Notes on the Legal Pluralism(s) in Somaliland*, in Séan P. DONLAN, Lukas HECKENDORN URSCHELER (eds.), *Concepts of Law*, (2014) Londres, Ashgate, p. 237-250.

⁶⁹ Sadikou AYO ALAO, *De la nécessaire relecture* cit., p. 100 et suiv.

africaine de démocratie. L'axiome qu'il y a seulement une conception (correcte) de démocratie (l'occidentale) n'a pas encore été démontré.